

POR EL CONVENTO, Y MONJAS DE S. CATALINA DE SENA DE ESTA CIUDAD, POR CABEZA DE DOÑA MARIA DE CASTRO, MONJA PROFESSA EN EL.

CON.

DON IUAN DE TAPIA Y VARGAS, VEZINO DE LA CIUDAD DE

Seuilla, como Capellan que dize ser de la Capellania que fūdarō Pedro Rodrigo de Tapia, vezinos que fueron della.

En Granada, en la Imprenta Real, por Francisco Sanchez, en frente del Hospital del Corpus Christi. Año de 1658.



L hecho de eſte pleyto ſe reduze, a que auiendoſe formado concurſo de acreedores por el año paſſado de 1650. a los bienes del Maeſtro Luys de Quiros, y de doña Leonor de Quiros ſu hermana, entre los que preſentaron ſus derechos en el fue e ldicho Conuento por vn cenſo de ſeyſcientos ducados de principal que a ſu fauor impuſieron los ſuſodichos en veynre y quatro de Febrero de el año paſſado de 1624. por la dote de la dicha doña Maria de Caſtro, hija de la dicha doña Leonor de Quiros, y 4U808. reales de ſus corridos que ſe le eſtauan deuiendo, a que eſpecialmente hipotecaron treynta y quatro marjales de tierra calma cercada de oliuos en el pago de Darauenaz, que es conſtante ſer la huerta que oy ſe trata de vender.

2 ¶ Y aſsimiſmo preſentò ſu derecho el Conuento de Nueſtra Señora de la Merced Calçados de eſta ciudad por vn cenſo de cien ducados de principal, que ſu impoſicion fue en primero de Março de 1557. y quarenta y cinco ducados de ſus corridos ſobre doze marjales de la dicha huerta.

3 ¶ En la ſentencia de graduacion que ſe pronunciò ſe diô primero lugar al dicho Conuento de la Merced por el principal del dicho cenſo, y ſus reditos; y ſegundo lugar al dicho Conuento de Santa Catalina de Sena por el dicho cenſo de ſeyſcientos ducados, y ſus reditos; y a los demas acreedores ſe fueron dando diferentes lugares; y reſpeto de no auer apelado ninguno, ſe declarò por paſſada en coſa juzgada.

4 ¶ Para hazerles pago ſe ſacô al pregon la dicha huerta, y don Cecilio Ferrer Gonçaga, vezino y Ventiquatro de eſta ciudad, a quien ſe pagaua vn cẽſo perpetuo ſobre ſeys marjales de ella, como ſuceſſor en el del Duque del Infantado, de que ſe haze relacion en la obligacion que los deudores hi-

zieron

zieron a el Conuento; hizo postura, y en veynte y seys de Otubre de 1656. se rematò en Andres Alonso a veynte y seys ducados cada marjal; y auiendose medido de su pedimiento, se hallô no tener mas que veynte y nueue marjales, y dozientos y nouenta y seys estadales.

5 ¶. En este estado el Conuento en tres de Nouiembre de el dicho año (que fue dentro de los nueue dias) ante el Alcalde mayor de esta ciudad, como acreedor por el dicho censo de seyscientos ducados, y sus reditos; y por cabeça de la dicha doña Maria de Castro, hija de la dicha doña Leonor, pidiô auersele de dar por el tanto la dicha huerta, allanandose á reconocer y pagar el censo de Nuestra Señora de la Merced.

6 ¶. Dado traslado a los demas acreedores, y al dicho Andres Alonso, en quien se auia rematado, ninguno lo contradixo, y cõcluso sobre aquesto, el dicho Alcalde mayor lo denegô; de que se interpuso apelacion por el Conuento, y dixo de agrauios en esta Corte, y en ella ha presentado dos escrituras; la vna en que el dicho Conuento de la Merced le vendiô su censo, y cedido sus derechos, recibiendo el principal, y reditos; y lo mismo el dicho Ventiquatro don Cecilio Ferrer; con q̃ dicho Cõvẽto de Santa Catalina se halla cõ estos dos demas del suyo.

7 ¶. Estando pendiente en ella, en quinze de Mayo del año passado de 1657. el dicho don Iuan de Tapia y Vargas, como Capellan de la dicha Capellania, saliò haziendo contradicion, pretendiendo deuersele preferir a el, y darsele la dicha huerta por el tanto; por tener sobre ella vn censo de seyscientos marauedis en cada vn año; y los papeles que ha presentado son, vn testimonio de la possession que se le diô de la Capellania, en donde se haze relacion, que entre los bienes de que se fundò el año passado de 1591. fue el dicho censo de seyscientos marauedis que se dize pagaua Alonso de Auila, y Luys Machuca sobre vna viña en el pago de Darauenaz; y vna venta que el año passado de 1566. hizieron Miguel

de

de Leon, y doña Maria Zapata su muger, a Pedro de Tapia de 3337. marauedis de censos perpetuos, que entre ellos es vno de seyscientos marauedis que pagaua Luys Machuca, vezino del Alhambra; y vn reconocimiento que parece hizo el año passado de 1535. en fauor de Fernã Alvarez de vn censo perpetuo de seyscientos marauedis en cada vn año sobre vna viña de diez marjales en el pago de Darauenaz; y otro que el año de 1555. hizo Luys Machuca en fauor de el dicho Fernan Alvarez sobre la dicha viña de diez marjales, que haze relacion le auia vendido el dicho Iuan Alvarez; y assimismo otro que en diez de Enero de 1592. hizo Catalina de Mercado, viuda de Alonso Dauila, a fauor de Pedro de Tapia, sobre vna viña que seria de onze marjales que compraron del dicho Luys Machuca.

8 ¶ Y no se ha presentado imposicion del dicho censo, ni reconocimiento que huuiessen hecho los dichos Maestro Luys de Quiros, y doña Leonor de Quiros, si bien en la escritura de imposicion a fauor del Convento; dixeron, que las dichas tierras (que de presente estàn plantadas de huerta) estauan hipotecadas a dos censos perpetuos. Vno que se pagaua al Duque del Infantado, que es el en que sucedió el Ventiquatro don Cecilio Ferrer. Y, el otro a la Capellania de fulano de Tapia.

9 ¶ Y tambien alega, que por estar la dicha huerta afecta al dicho censo perpetuo, no puede entrar en poder del Convento.

10 ¶ Pero sin embargo de aquestas oposiciones, se fundarâ deuersele preferir; y para mayor claridad se diuidirán en dos medios muy breues aquestos apuntamientos.

11 ¶ En el primero, que le compete el derecho de retracto al Convento por cabeça de doña Maria de Castro.

12 ¶ Y en el segundo, que quando aquesto cessara, por si, y como acreedor, y dueño de dicho censo, y de los que se le han cedido, y vendido, se deue preferir. Y en este se responderà, y satisfarà

ā la pretenſion de el dicho Licenciado don Iuan de Tapia.

Medio Primero.

13 BIEN parece que no ſe puede negar q̃ a el Conuento de Santa Catalina de Sena le aſsiſte la regla para auerſele de dar por el tanto la huerta que ſe rematô en el dicho Andres Alonſo, por auerlo pedido por cabeça de la dicha doña Maria de Caſtro, Monja profeſſa en el dicho Conuento, y auer ſido la dicha huerta de ſu madre, y tio, que la heredaron de ſu abuelo, y aſsi ſer de ſu patrimonio, y abolengo, ad text. *in l. 70. Tauri*, y no lo excluye el que ſe tenga por tal el que venga por parte de madre, vt eſt text. expreſſ. *in cap. conſtitutus de in integr. reſtitut.* & probatur ex dictis à Matienç. *in l. 7. tit. 11. lib. 5. Recop. gloſſ. 1. num. 47. & 53.*

14 ¶ Lo que parece que mas obſta para eſta pretēſion, es, el pedirſe el retracto por el Conuēto, en quien no ſe dâ la razon para conſeguirlo, como ſi lo pidiera la dicha doña Maria de Caſtro, no ſiendo Religioſa, ni cōcurriēdo en el parenteſco que la ſuſodicha tiene, con cuyo fundamento fueron de opinion cōtraria Guillerm. Benedict. *in cap. Reinūtius*, verb. *& vxorem, à n. 220.* de el Reyno, Matiēç. *in l. 7. tit. 11. lib. 5. Recop. gloſſ. 1. n. 19. & 20.* Ant. Gomez *in l. 70. Taur. num. 9.* tetigit D.D. Ioan. de Larrea *alleg. 86. num. 20. tom. 2.* y dudoſo Tiraquell. *de retractu lignagier, §. 1. gloſſ. 8. à num. 19.*

15 ¶ Reconocemos que tiene mucha dificultad por el autoridad de tan graues Doctores aqueſta pretenſion del Cōuēto: pero cierto, ſeñor, que tiene muy grandes fundamentos para ſer admitida, y principalmente en el caſo preſente.

16 ¶ Lo vno, porque aunque el Conuento es quien pide, lo haze por cabeça de la Religioſa,

 a quien

a quien toca el derecho, de la misma suerte que procede en las sucessiones, y herencias que se difiere al Religioso de Religion capaz de bienes, que aun que su Convento lo pida, el, que en la verdad sucede, es el Religioso, vt ex Bart. *in l. tutor, ff. de bonor. poss.* Socin. *in l. 1. ff. de vulg. num. 70.* & Fab. Anna *cõs. 45. num. 96. volum. 1.* tenet Noguer. *alleg. 6. numer. 12.* ibi: *Sed certior est contraria oppinio, scilicet, quod filius succedit, & mediante eius persona Monasteriũ.* Y asi nihil interest, que quien pida sea el Convento.

17 ¶ Y lo mismo procede quando se enagenan algunos bienes de el patrimonio, ô abolengo à la muger casada, que su marido, puede, no solo en nombre de ella, si no de el suyo, sacarlos por el derecho de retracto, ex latê & erudirè congestis à Tiraquell. *de retract. lignagier, §. vnic. à princip.* Y desde el *nu. 18.* disputa, si disolviendose el matrimonio los aurá de restituir a los herederos de su muger; y queda en que solamente la mitad, que es caso mas apretado, porque no siendo el marido pariente puede retraer, y tener parte de los bienes.

18 ¶ Lo otro, porque el derecho de retracto se regula por las mismas reglas que la sucession, vt ex Tiraquell. tenet Matienç. *in dict. l. 7. glos. 4. nu. 3.* & cum Azeued. & alijs, Hermosill. *in l. 55. tit. 5. part. 5. gloss. 8. num. 58.* Con que siendo el Cõuento capaz de suceder por cabeça de qualquiera Religiosa, *ex cap. 3. Sess. 25. de reformat. Concil. Trident.* deue proceder lo mismo en el retracto; *nam æquiparatorum eadem est natura.*

19 ¶ Lo otro, porque esto es mas sin duda, no perdiẽdo, como el Religioso no pierde, por la Religion, y professìon los derechos de sangre, neque de genere desinit esse, *ex cap. 1. 18. quæst. 1. cap. vbi 19. quæst. 3.* siquidem inseparabilia sunt, *l. iura sanguinis, ff. de regul. iur. l. ius ignationis, ff. de pact.* & sic retinet iura prioritatis in gradu Pater Molin. *disputat. 140.* & etiam suitatis ipsem, *in disputat. 179.* Y respecto de ello suceden, y por su cabeça el Convẽ-

to

to en qualquiera mayorazgo, etiam, aunque se requiera precepto de armas, y apellido para conservacion de la familia, Par. Manuel Rodrig. *tom. 2. regul. quæst. 78. art. 13. per tot.* optimè los Addicionadores del señor Molin. *lib. 1. cap. 13. num. 95.* vers. *Cæterũ,* y aun en los que tienen anexa jurisdicion, *cap. dilectus de offic. Ordin. cap. auditis de præsumpt.* & est expressa *l. 4. tit. 3. lib. 1. Recopil.* ibi: *La jurisdicion Ciuil.* Et ibi: *Que pertenece a las Iglesias, y Monasterios,* Man. Rodr. *dict. quæst. 78. art. 12.* vbi ait: *Sic iudicatũ per Senatum Pisianum,* & præter alios quos consulto omitimus, Dom. Perez de Lara *de vit. homin. cap. 30. à num. 121.* vbi multos refert. Luego cõ mayor razon en el derecho de retracto, aunque sea de sangre, y por el afecto de la conservacion de la familia.

20 ¶ Lo otro, porque quando al Convento se juzgue como sucessor, y heredero del Religioso, *ex l. Deo nobis, C. de Episcop. & Cleric. & cap. vno 26. quæst. 1.* Abb. Panormit. *in cap. quia nos de testament. num. 2.* por el mismo caso con mayor razon le competerà el derecho de retracto; nam hæres debet vti iure defuncti, etiam si ipse sit priuilegiatus, como en el mismo caso de retracto tenet & optimè considerat Mach. de Afflictis *in tract. de iure prothomisseos, num. 23. vers. 3.*

21 ¶ Y aunque aqueste derecho de retracto parezca personalissimo, por lo qual ha sido muy controuertido si se puede ceder, y trasmitir en otro, ex latè & eruditè congestis à Dom. D. Ioan. de Larrea *alleg. 120. per tot.* Giurb. *decis. 51. à nu. 8.* Y dieramos que la opinion negatiua fuera la mas cierta, no obstarà al Convento. Lo vno, porque el Monasterio sucede a el Religioso, no solo en los derechos Reales, si no en los muy personales, ex Doctrin. Abbat. Panormit. *in cap. veniens 16. de conver. coniug. num. 5.* ibi: *Et sic non tantum bona ingressi transeũt in Monasterium, sed omne ius reale, ex personale.* Y lo otro, porque si la cesion es, no solo del retracto, si no de los bienes, por cuya causa pertenece, passa sin

duda

duda, como lo haze en el heredero; vt eleganter cum Paulo de Castro, Matienç. Ciriac. Hermosill. & alios tenet Olea *de cession. iur. titul. 3. quæst. 2. numer. 29.*

22 ¶ Lo otro, porque los DD. que se han referido por la opinion contraria hablan, Guillerm. Benedict. con presupuesto, que los Religiosos no son capaces de sucession en la Prouincia donde escriue; Tiraquello refiere estatuto de lo mismo, y sin embargo queda perplexo en su resolucion, Matiēç. Anton. Gomez, y el señor Larrea, que refiere tambien à Casaneo, dize lo mismo que los dos antecedentes, con que todos se auràn de entender, y interpretar segun el caso en q̄ ellos escriuierō, vt observat Bart. *in l. non solum, § liberationis verbis, n. 7 ff. de liberat. legat.* Ioseph. Ludou. *decis. Perusina 8. numer. 21.*

23 ¶ Y tambien el señor don Iuan de Larrea en el numero antecedente, para llegar a esta conclusion, entra fundando; que en España no suceden en los mayorazgos los Monasterios, siendo tan constante lo contrario, pues este mismo Convento està posseyendo vno por cabeça de doña Maria Ana de Azeuedo, en virtud de executoria de esta Corte, por quien yo escriui.

24 ¶ Tunc etiam, porque no ay ley Real q̄ excluya a los Religiosos, ni a los Conventos por su cabeça, porque las leyes de Toro, y la del Ordinamento, que refieren, hablan generalmente en los parientes, como verdaderamente lo son los Religiosos, vt supra diximus; y assi la ley no se ha de restringir, ni limitar a solos los seglares, ni deuē ser de peor condicion que ellos, como con grande erudicion, y muy grandes fundamentos, en caso de estatuto, que dispuso generalmente para que por el los Religiosos no queden excluydos, optimè Lapus *allegat. 101. à num. 6. & seqq. multis, & in num. 19.* circa finē, ita ait: *Quintò ratione sumpta ex mēte statuti rationabiliter coniecturata, quia debemus præsumere, quod non minus voluerit fabere personis Religiosis, quam*

laicis

laicis, quia magna ratio est, quæ pro Religione facit, quæ nunquam in ambiguis legum dispositionibus, solet omitti, ff. de Regib. & sumptib. funer. persona in fine. Et quia non minus sunt meriti, & fauorabiles, & Reipublicæ vtiles quam Deo seruientes. Y auiendolo comprouado, ita concludit: *Igitur cum dispositio huius statuti communis sit ad omnes laicos, & discolos, absurdum esset dicere, quod Religiosos fauore suo, censuerit indignos.*

25 ¶ Nec etiam obstabit, si se opusiere, que aunque la ley habla generalmente, si al Conuẽto se le concediesse el derecho de retracto, vinieran a faltar, y cessar la causa de su concession, videlicet, el que los bienes que se retraen, se quedassen, y conservassen en la familia, que es el fundamento que mouiò a Anton. Gomez, y Matienço a lleuar aquesta opinion, quia meo videri, no es bastãte, ni concluyente, porque la ley no lo dize, ni es cierto, que el que saca algunos bienes por razõ de el retracto, tẽga obligacion de conservarlos en su familia, si no antes es indubitable, que puede enagenarlos, y disponer de ellos, ni la ley se lo prohibe, ni nunca se ha visto que quede impedido de venderlos.

26 ¶ Y finalmente, porque quando lo que queda dicho no tuuiera por si los fundamentos referidos, y la opinion contraria fuesse mas cierta, no pudiera proceder en el caso presente, porque el Licenciado don Iuan de Tapia no es pariente de las personas cuya fue la dicha huerta, y el pedimiento que hizo, demas de no auer sido en tiempo, que bastara para que no se le deuiera oyr, ni admitir su pretension, ex cõgestis à Matth. de Afflict. *in dict. tract. de iure prothomisseos, §. 2. num. 24.* Couarr. *variar. lib. 3. cap. 11. num. 2.* Matienç. *in dict. l. 7. tit. 11. lib. 5. glos. 6. num. 10.* fue como Capellan de la Capellania que dize fundaron Pedro, y Rodrigo de Tapia, con que precisamente se ha de hallar con el mismo, y mayor embarazo, y no se pueden considerar por ella las razones, y fundamentos que por el Convento quedan considerados; y quando militaran las mis-

mas por vna, y otra parte, en el retracto, se deue preferir a el que primero pidiò, y aun quando ambos, lo hazen a vn tiempo, ha de auer lugar la gratificacion porquien huuiera mayores razones de cõgruencia, y equidad: argum. text. *in l. fin. ff. de Religios. & sumptib funer.* & facit text. *in l. si venditor post princip. ff. de in diem addict.* ex multis iuribus ita tenet alijs relatis, Bald. de Vbaldis *in tract. de iure de prothomisseos, in princip. num. 9.* ibi: *Aut qui primò probocat, aut sit locus gratificationi*, & melius benê fundat, Gratian. *cap. 745. à num. 15. cum sequentibus.*

27 ¶ Y en quanto a que por ser censo perpetuo el en cuya virtud pretende el dicho don Iuã de Tapia, no poder el Convento tener la dicha huerta, se satisfarà en el medio siguiente, en donde se fundarâ no serlo, ni tal auerse justificado.

Medio Segundo.

28 QVANDO por lo que queda considerado en el medio antecedente tuuiera alguna dificultad la pretension del Convento para conseguir el retracto por cabeça de doña Maria de Castro, por lo que en este segundo medio se fundarâ, corriera con llaneza por pretenderlo por propio derecho suyo, assi en virtud de la escritura de imposicion de el dicho censo de 600. ducados a que la dicha huerta està hipotecada especialmẽte, y de los dos, que como queda referido, se le cedieron por el Ventiquatro don Cecilio Ferrer, y el Convento de Nuestra Señora de la Merced, como por acreedor de creditos tan ciertos que estân grauados en el concurso, de que se ha hecho mencion, porque el retracto compete a las Iglesias, ô Monasterios, en los casos que ha lugar de derecho, de la misma suerte que a otro qualquiera, como en terminos de Convento de Monjas, iure vicinitatis, lo funda latamente Stephan. Gratian. *discept.*

discept. forens. cap. 742. à princip. Y en caso de tener reservado el dominio en la casa afecta a censo, Pat. Molin. *de iust. & iure, tom. 2. tractat. 2. disput. 372. à num. 2.* Y en Iglesia, Boer. *decis. 231. num. 1. in fine.*

29 ¶ Y antes de llegar a los fundamentos de derecho, se referirà la escritura de imposicion de el dicho censo, y algunas clausulas de ella, que asseguran aquesta pretension.

30 ¶ Aqueste censo se impuso a fauor de el Conuento por la dote de la dicha doña Maria de Castro, con hipoteca especial de las tierras en que està plantada la dicha huerta, y se haze relacion en la escritura de imposicion, *que al tiempo de efetuarse la dicha dote, fue trato, y condicion, mediante la qual auia de tener efeto la profession, que siempre, y en qualquiera tiempo que el Conuento quisiesse tomar las dichas tierras en el dicho precio de 600. ducados para en pago de la dicha dote, lo pudiesse hazer, y assi se pone por condicion especial, y para ello desde entonces, para quando lo eligiesse el Conuento, se las ceden, y traspassan con todos los derechos que los dueños tenian, y se le dà poder para que de su autoridad, ò judicialmente, y aunque sea sin su citacion, las pudiesse tomar, y executarles por los reditos que huuierẽ corrido antecedentemente.*

31 ¶ Y por otra clausula los imponedores *reseruan solamente en si el dominio vtil en el interin que el Conuẽto eligiesse el tomar en si dichas tierras, y en quanto a la cantidad de el censo, y sus corridos, se desisten, y apartã de los demas derechos de propiedad, y señorio, y otro qualquier que tuuiessen, y los ceden, renuncian, y traspassan en el Conuento, y sus sucessores, dandole poder para tomar, y aprehẽder la possession, y tenencia de ellas, y en el interin se constituyen por sus inquilinos tenedores, posseedores, y arrẽdadores, y como mas le conuenga.*

32 ¶ Esto supuesto, parece que corre con llaneza el derecho de el Conuento, porque hallandose con los referidos de los censos que quedan mẽcionados, queriendo la dicha huerta, se le deue preferir

ferir por el tanto, vt expressè est dispositum in extrauaganti Pij Quinti *de forma creandi census*, ibi: *Vbi autem vendenda sit volumus dominum census alij præferri*, & cum alijs quam plurimis tenent Bocaç. *de censibus, part. 2. num. 62.* Mastrill. *de censib. quæst. 7. num. 29. & 34.* Alexand. Ludouis. *decis. 425. à num. 1.* Cens. *de censib. quæst. 65. ferre per totam*, & latissimè Duard. *de censib. §. 4. quæst. 9. cum sequentib.* optimè Cyriac. *tom. 2. controuers. 254. per totam*, & ex multis Olea *de ces. iur. tit. 3. quæst. 2. à nu. 31.*

32 ¶ Et maximê procedit, auiendo en la imposicion, no solo hipoteca especial (como lo requieren algunos de los Doctores que quedan referidos) sino pactos de la misma y mayor fuerça que el pacto absoluto, como son, la de constituto, y que el Convento pudiesse tomar por su autoridad la possession de las tierras hipotecadas, que qualquiera de ellos obran el mismo, y mas seguro efecto, vt ex Marant. Negusant. & alijs resoluit Felician. *de censib. tit. 1. cap. 10. nu. 3. circa finem*, vers. *Quo circa*, Iuan. Gutier. *de iuram. confirmat. 1. part. cap. 23. num. 33. & in l. nemo potest, ff. de legat. 1. num. 39.* vbi plurimũ congruit.

33 ¶ Y aunque algunos Doctores, maximê, Anton. Ammat. *variar. resolut. 54.* Disputã, si procederà la extrauagante en las tierras de el Imperio, dõde no estuuiere recebida, ò se huuiere suplicado de ella, como en España, quod etiam repetit Leotard. *de vsuris, quæst 56. à num. 33.*

34 ¶ Sin embargo es mas cierto, y tiene mayores fundamentos por si, que donde quiera se deua observar inviolablemente, quia quando Pontificis decreta sunt edicta super eo, quod concernit peccatum, aut salutem animarum (que es a lo que mirô el Pontifice, in dicta extrauaganti, vt appa ret ex verbis præmij ipsius, ibi: *Animarum prout tenemur saluti consulentes*) vbique servanda sunt in vtroque foro, vt tenent glos. & DD. *in cap. possessor de regul. iur. in sexto, & in cap. cum contingat de iure iurando, cap. penult. & vltim. de secund. nupt.*

Dom.

Dom. Mench. *de ſuceſ. creat. §. 10. num. 626.* Ioan. Gutierr. *tit. 2. practic. quæſt. 177. n. 7. in finè*, & tûnc *l.* Ciuilis, nõ dedignatur ſubijcere Canonicis ſanctionibus, *§. penult. in Authent. vt Clerici, apud proprios Epiſcopos, §. 1. Authent. de Clericis titulatis, cap. 1. de iuramento calumniæ*, & tenent DD. *in cap. 1. de noui operi nupt.* maximè Abb. Panormitan. *num. 5.*

35 ¶ Et ita ex his & alijs maximis fundamentis, en los miſmos terminos tenent & reſolvũt, hablando en el miſmo caſo, Petr. Surd. *conſ. 282. per tot.* Cenſ. *de cenſib. quæſt. 55. à n. 6.* Paulus *comit. reſponſ. Moral. tit. 3. quæſt. 28.* Duard. *decẽſib. in proem. dict. extrauagant. quæſt. 2. nu. 54. & 61.* & nouiſsimê ex Honded. & Coſta, Cyriac. *tom. 2. controuerſ. 254. num. 63. & 64. & in nu. 65.* ex Paul. Bellon. ait: *Quod in omnibus diſpoſitis in dicta Bulla, non licèt, nec latum quidem vnguem ab ea recedere.*

36 ¶ Pero dado caſo, que fueſſe mas recebida la opinion de los que afirman no eſtar en Eſpaña recebida la dicha extrauagante, en el caſo de eſte pleyto ceſſa la controuerſia, por auer en la dicha eſcritura los imponedores de el cenſo dexado en voluntad de el Convento *el que pudieſſe tomar las dichas tierras ſiempre, y quando quiſieſſe, cediendole para ello todos los derechos que en ellas tenian*, que es pacto mucho mas eficaz que el de que en caſo de venderſe, las pudieſſe tomar por el tanto, en cuya virtud es indubitable, que lo puede hazer el ſeñor de el cenſo, como lo reſuelven aun los miſmos que fueron de contrario ſentir, en donde no eſtâ recebida la extrauagante, vt firmant Cenſ. *de cenſib. quæſt. 66. à nu. 6.* vbi Boer. Couarr. & alios refert Cyriac. *dict. controuerſ. 254. num. 11.* Pat. Molin. *de iuſt. & iure tract. 2. diſput. 372. num. 4. lit. E. & num. 5.* optimè, & copioſè ſatisfaciens omnibus, quæ in contrarium adduci poſſunt Ioann. Gutierr. *lib. 2. pract. quæſt. 167. per totam*, Auendañ. *reſponſ. 12. nu. 8.* Auendañ. *de cenſib. quæſt. 86. à n. 6. cum ſequentib.* Felic. *de cenſib. lib. 1. cap. 10. à num. 8.* & paucis ex his relatis idem tenet Hermoſill. *in l. 55. tit. 5. part. 5. gloſ. 2. nu. 8.*

Y to-

37 ¶ Y toda duda cessa con auer los imponedores reseruado solamente en si el dominio vtil, cediendo en el Cõvẽto todos los derechos de propiedad, y señorio directo, y tenerle assimismo por el cẽso perpetuo que se pagaua sobre las mismas tierras al Ventiquatro don Cecilio Ferrer, con que se viene a hallar con el dominio directo de todas, y assi estamos en la decision de la *l.74. de Toro*, y por tener parte tan principal en la de la *l.55.tit.5.part.5* vbi Dom. Gregor. Lopez, verb. *comunalmente*, y *so vno*, y lo resuelven comunmente todos los Doctores que quedan referidos, assi de el Reyno, como estrangeros.

38 ¶ A que se llega, el que aunque a el Convento para el retracto no le assistieran tan grãdes fundamentos, por solo acrreedor de cantidades tan considerables se le deuiera preferir, ex text. *in l. 1 ff. de priuil. credit.* ibi: *Cum bona venerint debitoris in comparationem extranei, & eius qui creditor, cognatus vè sit, potior habetur creditor cognatus vè, magis tamen creditor, quam cognatus, & inter creditores cui maior pecunia debetur*, & ex eo tenent Dom. Gregorio Lopez *in l.55.tit.5.part.5.glos.8.* Matthias Coller. *in tract. de proces. executib. part. 3. cap.9.n.96.* Parlador. *lib.2.quotidian.cap.fin.part. 5.§.3.num.10.* Gratian. *tom.1.cap.7.num.7. & tom. 5.cap 978.num.12.*

39 ¶ Y procede aunque aya otro comprador que ofrezca el justo precio, Petr. Surd. *cons.256. num.6.* Alexand. Ludouis. *decis.12.num.1.* & ibi Beltramin. Add. *num.3. in fine*, Gratian. *dict. cap.7.nu. 7.* Con que hallandose el Convento acreedor de tã grande cantidad, aunque tambien lo sea el dicho dõ Iuan de Tapia, no puede competirle, por ser tan corto su credito, vt in finalib. verbis prædictê legis, ibi: *Et inter creditores potior, is cui maior pecunia debebitur.*

40 ¶ Con que concurre el auer executado el Convento, y seguido vn pleyto tan dilatado de acreedores, en que se le graduò, y tambien a el

Con-

Convento de la Merced, a quien ha sucedido, sin que en todo el discurso de el saliesse dō Iuan, ni califi cado su credito, que es otro mediopor donde de derecho tiene conocida prelaciō, vt est text. expressus *in l. inter eos, ff. qui potiores in pignore habeantur*, & ibi glos. verb. *ocupatis*, ibi: *Ocupare dicitur, qui primò ad sententiam pervenit*, optimus text. *in l. si verò in princip. ff. de pecul.* ibi: *Ocupare autem videtur, non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad senrētiam iudicis pervenit*, & ex his iuribus ita tenet Gabriel Pereyra *decis. 16. per totam*, vbi testatur de multis *decis. illius Senatus*, Mendez de Castro *in prax. lib. 3. cap. 21. §. 11. à num. 58.* donde lo funda por la autoridad de Bart. *in l. cum vnus, num. 10 ff. de bon. author. iud. possidet.* & ait, que el preferirse a el que primero executô, y llegô a sentēcia, aunque huuiesse otro mas preuilegiado con primera hipoteca, y con mejor derecho, versatur bonum publicum.

41 ¶ Con que solo resta el satisfazer a la prelacion que pretende don Iuan de Tapia, y parece que de ninguna suerte puede obstar a la pretension de el Convento.

42 ¶ Lo vno, porque se niega q̃ las tierras en q̃ estâ plantada la dicha huerta estèn afectas al censo perpetuo que pretende se paga a la Capellania que se dize fundaron, Iuan, y Rodrigo de Tapia, ni se ha presentado la escritura de imposicion, y assi de ninguna suerte tiene justificado su credito, por ser de sustancia de los contractos de censo; y en particular de los perpetuos, y emphiteusis, el instrumento de imposicion, sin el qual no pueden subsistir, vt in dict. extrauagant. Pij V. vers. 2. ibi: *Et in ipso actu celebraeionis instrumenti*, & probant text. *in l. 1. C. de iure emphiteus.* ibi: *Pactionibus scriptura interveniente, l. 2. eodē*, ibi: *In emphiteusis instrumētis fuerint cōscripta*, idem, *l. 3. eiusdem tituli*, ibi: *Emphiteuticum instrumētum*, & expressius deciditur *in l. Reg. 28. tit. 8. part. 5.* ibi: *Deue ser fecho con placer de ambas partes, è por escrito, ca de otra guisa no valdria, & in l. 3. tit. 14. part. 1.* ibi: *E deuese fazer por carta*

de Escriuano público, cap. 1. §. post quam de censib. lib. 6. ibi: *Quæ in scriptis redigi volumus*, & ibi gloss. verb. *in scriptis*. Refiere todos los casos en que es de forma, y substancia de el contracto la escritura, y pone aqueste por el primero.

43 ¶ Y aunque no era necessario mayor apoyo, auiendo tantas leyes en terminos, lo tienen, y resuelven assi, præter alios quam plurimos quos omittimus à Dom. Gregor. Lopez *in dict. l. 28. tit. 8. part. 5.* verb. *è por escrito*, vbi ait: *Quod requiritur tam ad substantiam, quam ad comprobationem*, & ex Angel. tenet: *Quod si emphiteuta non exhiberit instrumentum potest expelli, & præsumitur emphiteusis finita*, admodum eleganter, & doctissimê Salazar *de vsu, & consuetud. cap. 9. num. 11.* vers. *Sed non puto, & sequentib. vsque ad finem, & multis antecedentib.* donde satisfaze a todo quanto se puede oponer en cõtrario, y en particular a los textos q̃ mas parece excluye lo susodicho, q̃ son, la *l. si certis annis, C. de pact. l. cũ de in rem verso, ff. de vsur. & l. 1. C. de dot. promiss.* Y resuelve, que no auiendo instrumento, non datur obligatio, nec actio in futurum, optimê Valasc. *de iur. emphiteus. quæst. 7. per totam*, Azeued. *cons. 40. num. 54.* eleganter Petr. Surd. *decis. 331. per totam, maximè num. 10.* Cens. *de censib. quæst. 87. à num. 21.* & quam plurimos congerent Duard. *de censib. §. 2. quæst 12. à num. 11. vsque ad finem.*

44 ¶ Ni a aquesto podrâ perjudicar los reconocimientos que se han presentado por don Iuã de Tapia. Lo vno, por lo que queda fundado, y dize en terminos Salazar *de vsu, & consuetud.* en el lugar referido. Lo otro, porque han sido refiriendose a la imposicion, y no constando de ella, no pueden obrar efeto alguno, ex doct. Bald. *in l. 2. num. 4. C. de error. ad vocator.* Decian. *cons. 21. num. 37. lib. 1.* Rota apud Farinac. *decis. 64. num. 4. part. 2. in recẽtiorib.* Noguer. *allegat. 11. num. 29. & allegat. 16. num. 89.*

45 ¶ Et hoc est adeô certum, que ni los mismos que intervienen, y le obligan en el instrumento

mento que se refiere a otro, no quedan obligados, ni se les puede por ello convenir, Decian. vbi proximè Anton. Amatto *variar. cap. 42. num. 2.* Graf. *de exceptionib. except. 13. num. 23.* Y en terminos de cēso, aunque se compre con la carga de el, Giurb. *decis. 62. num. 26.* optimè Hodiern. ad Petr. Surd. *decis. 10. per totam, & in addit. ad decis. 32. ex num. 4.* videndus, Noguer. *allegat. 27. num. 6. 7. 8. & sequentib.* vbi alios quam plurimos congerit. Y assi poco importa que se hiziesse relacion que se pagaua vn censo à la Capellania de fulano de Tapia en la escritura de imposicion, a fauor de el Convento.

46 ¶ Y de aqui es, que no tiene fundamento el dezirse, que no puede el dicho Convento tener la dicha huerta, por estar afecta a censo perpetuo, pues no consta de el, y en la opinion mas fauorable a dō Iuan, quando por las anuas protestaciones se pudiesse induzir, no aurà de ser de aquesta calidad, ex doctr. Albert. *in l. 2. C. de iure emphiteus. quæst. 42. n. 42.* Valasc. *de iur. emphiteus. quæst. 32. num. 35.* Dom. Couarr. *lib. 3. variar. cap. 7. num. 1.* ad mediū, vers. *Ex hac,* y assi a quien mas obsta aquesta oposiciones al dicho don Iuan, porque el Convento ha sucedido en el censo perpetuo que se pagaua a don Cecilio Ferrer, de que ay imposicion, y no pudiendo pedir para si, si no para la dicha Capellania, excluditur ex sua oppositione.

47 ¶ Lo otro, porque como queda dicho y fundado, aunque fuera cierto el dicho censo, no auiendo pedido dentro de los nueue dias (como lo hizo el Convento) si no seys meses despues, no se deue oyr, aunque tuuiesse preuilegio de menor, y huuiesse pedido restitucion, ò estuuiesse ausente, vt vltra supradicta deciditur in terminis *in l. 8. tit. 11. lib. 5. Recop.* & tenet cū Matienç. & Azeu. Hermos. *in l. 55. tit. 5. part. 5. glos. 8. num. 32.*

48 ¶ Lo otro, porque aunque se estè a los reconocimientos de que se vale don Iuan de Tapia, la relacion que se haze en ellos, es, que el cēso estaua impuesto sobre solos diez marjales, y el Convento

tiene sobre seys de los treynta y quatro el censo perpetuo de dõ Cecilio Ferrer, y sobre muy grãde parte el cẽso que se pagaua al Convẽto de la Merced, cõ los reditos de ambos, y asimismo el suyo de 600. ducados sobre todas las tierras, y lo plãtado, y mejorado en ellas; y asi aunq̃ no tuuiesse los defectos cõsiderados el cẽso de q̃ se vale dõ Iuã de Tapia, por tener mayor parte el Convẽto, se deue preferir en el retracto, vt in speciê tenẽt Decius *cons. 619. num. 7.* Afflict. *de iure prothomiss. num. 36. ad finem*, vers. *Et hoc non est sine maxima ratione*, Mar. Mut. super constit. Panormit. *cap. 28. num. 31. & sequentibus*, Prosper. Renel. *de iure prothomis. in animaduers. ad cap. vltim. num. 5.* latè Gratian. *disceptat. forens. cap. 745. à num. 15. cum sequentib.* Rot. Roman. *decis. 474. num. 14. part. 1. diuersor.*

49 ¶ Y vltimamente, aun dado caso q̃ se le confessara al dicho don Iuan de Tapia, que su censo es perpetuo sobre los diez marjales de la dicha huerta, que es a lo que solamente pudiera tener derecho, no constando, ni sabiẽdose quales sean de los treynta y quatro de ella, y siendo cierto que el Convento tiene el dominio directo en otros seys marjales, y que por la escritura en que se le hipotecaron se le transfiriò el dominio directo de todos por los vendedores, como queda dicho, bastara solo aquesto, y no poderse conocer en que parte estàn los diez referidos, para auersele de preferir, mayormente assistiendole las razones que quedan consideradas en el primero medio por cabeça de doña Maria de Castro, vt singulariter ex Guid. Pap. & Giurb. tenet Hermosill. *in dict. l. 55. tit. 5. part. 5. glos. 2. num. 4.* Y asi se espera. Salva in omnibus D. V. D. C.

El Licenc. Don Diego Maldonado de Leon.